



successio-Schriften

2

Erste Silser Erbrechtsgespräche:

Gedanken zur Erbrechtsrevision
anlässlich des 60. Geburtstags von
Paul Eitel

Herausgegeben von

Alexandra Jungo, Peter Breitschmid, Jörg Schmid

Schulthess §

Erste Silser Erbrechtsgespräche:
Gedanken zur Erbrechtsrevision
anlässlich des 60. Geburtstags von
Paul Eitel

Herausgegeben von
Alexandra Jungo, Peter Breitschmid, Jörg Schmid

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7776-7

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Vielfältigere Lebensformen ... und alte Bedürfnisse: Das statische Erbrecht in Bewegung	1
--	---

Peter Breitschmid

Kritisches zum geplanten Ehegattenerbrecht und zum Unterhaltsvermächtnis	21
---	----

Roland Fankhauser

Erbrechtsreform und öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen	37
--	----

Jörg Schmid

Die Ausgleichspflicht von Nachkommen: de lege lata – de lege ferenda	57
---	----

Alexandra Zeiter

Acquisitions et libéralités ab intestat	77
---	----

Paul-Henri Steinauer

Säule 3a im Erbrecht: Klärung einer Streitfrage	93
--	----

Alexandra Jungo

ALEXANDRA ZEITER*

Die Ausgleichungspflicht von Nachkommen: de lege lata – de lege ferenda

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen	58
1. Paul Eitel und das Ausgleichungsrecht.....	58
2. Ausgleichungsrecht als Erbteilungsrecht.....	58
3. Ausgleichungsrecht als juristisches Sorgenkind	59
II. Aktuelle Rechtslage.....	61
1. Ausgleichungsrecht als dispositives Recht	61
1.1 Massgeblichkeit des erblasserischen Willens	61
1.2 Die erblasserischen Ausgleichungsanordnungen	62
2. Objekte der Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB im Allgemeinen.....	65
3. Versorgungskollation versus Schenkungskollation	67
3.1 Theorie der Versorgungskollation.....	67
3.2 Theorie der Schenkungskollation.....	69
4. Würdigung der Kontroverse	70
4.1 Zur Gleichbehandlung der Nachkommen	71
4.2 Zur Rechtssicherheit	72
4.3 Fazit	73
III. Art. 626 Abs. 2 ZGB de lege ferenda.....	73
1. Der Vorentwurf.....	73
2. Würdigung.....	73
2.1 Materielle Würdigung.....	74
2.2 Formelle Würdigung.....	75
3. Vorschlag.....	75
IV. Schluss.....	76

* Dr. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Erbrecht; Partnerin bei Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich.

I. Vorbemerkungen

1. Paul Eitel und das Ausgleichungsrecht

Die Ausgleichung und PAUL EITEL sind untrennbar miteinander verbunden. PAUL EITEL ist *die* Koryphäe des schweizerischen Ausgleichungsrechts: Kein anderer Jurist und keine andere Juristin setzten sich derart umfassend und fundiert mit diesem erbrechtlichen Spezialgebiet auseinander wie EITEL. Die erste Monographie dazu veröffentlichte er im Jahre 1998 als Habilitationsschrift unter dem Titel „Zur Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung“¹, die zweite Monographie erschien im Berner Kommentar im Jahre 2004 (Band III, 2. Abteilung, 3. Teilband: Die Ausgleichung)². Sodann publizierte EITEL zur Ausgleichung (und zur Herabsetzung) unzählige Fachartikel und analysierte (gemäss meiner Einschätzung) praktisch jede einzelne, sich stellende Problematik im Ausgleichungsrecht.

Wer sich daher mit der erbrechtlichen Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendung im Allgemeinen und dem Institut der Ausgleichung im Besonderen befasst, kommt nicht an EITEL und seinem umfassenden Schrifttum vorbei. Dies gilt selbstredend auch für die nachfolgende Betrachtung der Ausgleichungspflicht von Nachkommen für lebzeitige Zuwendungen im Nachlass eines Elternteils. Damit enthält der vorliegende Beitrag auch eine Überproportionalität an Zitaten und Literaturhinweisen aus dem EITEL`SCHEN Werk, was aber nicht nur unvermeidbar, sondern auch gerechtfertigt ist, denn dies zeigt und würdigt gleichzeitig den unschätzbaren Beitrag des Jubilars, den dieser zu diesem – auch in praktischer Hinsicht – überaus wichtigen erbrechtlichem Thema geleistet hat.

2. Ausgleichungsrecht als Erbteilungsrecht

Hat ein Erblasser zu seinen Lebzeiten unentgeltliche oder zumindest teilweise unentgeltliche Zuwendungen³ ausgerichtet, können diese unter Umständen der Ausgleichung unterliegen, d.h. der Zuwendungsempfänger muss sich eine solche Zuwendung unter Umständen in der Erbteilung im Nachlass des Schenkers

¹ Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung, Habilitationsschrift, Bern 1998.

² Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, Bern 2004.

³ Vgl. dazu nachfolgend *Ziff.* 3.

bzw. des Erblassers an seinen Erbteil anrechnen lassen. Wird die Ausgleichungspflicht bejaht, ist die Zuwendung entweder rechnerisch oder in Natur zum reinen Nachlass (sog. „*relictum*“), d.h. zu den beim Tod des Erblassers in seinem Vermögen noch enthaltenen, von Todes wegen übertragbaren Gütern (abzüglich der Nachlasspassiven),⁴ hinzuzufügen.⁵ Aus dieser (ausgleichungsrechtlichen) Hinzufügung zum reinen Nachlass resultiert die sog. *Teilungsmasse*,⁶ die rechnerische Grundlage zur Ermittlung der konkreten Höhe der Erbteile der einzelnen Erben.⁷

3. Ausgleichungsrecht als juristisches Sorgenkind

Lebzeitige unentgeltliche oder zumindest teilweise unentgeltliche Zuwendungen sind in der Praxis sehr häufig, bei Erblassern mit Nachkommen sogar der Normalfall.⁸ Trotz dieser erheblichen praktischen Bedeutung werden bis heute im Ausgleichungsrecht generell und in der nachfolgend näher beleuchteten, in Art. 626 Abs. 2 ZGB geregelten Ausgleichungspflicht von lebzeitigen Zuwendungen an Nachkommen noch immer ganz grundlegende Fragen kontrovers diskutiert.⁹ Das Ausgleichungsrecht wird in der Lehre sogar als „juristisches

⁴ EITEL, Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung, in: ZBJV 134 (1998), 729 ff., 733.

⁵ EITEL (Fn. 4), 733; DERS., Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung, in: ZBJV 142 (2006), 457 ff., 459; vgl. auch BGE 131 III 49 ff., E. 4.3.2.

⁶ Der Begriff der Teilungsmasse wird in der Lehre nicht einheitlich verwendet. Teilweise wird nur bei einer Naturalausgleichung von der Teilungsmasse gesprochen, bei blosser Wertausgleichung hingegen von der Berechnungsmasse oder von einer sog. „hypothetischen Teilungsmasse“, vgl. etwa JUNGO, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 4. Aufl., Zürich 2017, Tafel 16 und Fn. 4 zu dieser Tafel.

⁷ Damit gehört die Ausgleichung systematisch und inhaltlich zum Erbteilungsrecht; vgl. etwa BGE 123 III 49 ff., E. 1a; EITEL (Fn. 2), N 15 und 29 f. zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB; SEEBERGER, Die richterliche Erbteilung, Diss., Freiburg 1992, 243; WOLF/GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Viertes Band: Erbrecht, 2. Teil, Basel 2015, 317; FANKHAUSER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, BREITSCHMID/JUNGO (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 626 ZGB; BURCKHARDT BERTOSSA, Praxiskommentar zum Erbrecht, ABT/WEIBEL (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2015, N 1 zu Vorb. zu Art. 626 ff. ZGB.

⁸ Gemäss EITEL (Fn. 1, 191, und Fn. 2, N 11 zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB und N 4 zu Art. 626 ZGB) handelt es sich bei einem Erblasser, der von Nachkommen beerbt wird, statistisch sogar um den häufigsten Fall.

⁹ Vgl. etwa EITEL (Fn. 2), N 45 zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB; DERS. (Fn. 5), 458, 464 f.; und DERS., Was lehrt uns BGE 131 III 49 auch noch?, in: Jusletter 10. April 2006, Rz. 6; BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich

Sorgenkind¹⁰ bezeichnet, Art. 626 ZGB als „Eldorado für Kontroversen im Erbrecht“¹¹.

Im erläuternden Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches¹² wird diese Problematik (ebenfalls) erkannt. Die Auslegung von Art. 626 Abs. 2 ZGB (und Art. 527 Ziff. 1 ZGB) wird als „eine der umstrittensten Fragen des Schweizer Erbrechts“¹³ bezeichnet. Dies sei bereits am Anfang des letzten Jahrhunderts stark kritisiert worden, und dem Gesetzgeber sei bereits damals vorgeworfen worden, er habe sich nicht zugetraut, die Fragen sachgerecht zu beantworten. Vielmehr habe der Gesetzgeber diese Aufgabe dem „mystischen Weitblick der Gerichte“ überlassen und damit mit Art. 626 Abs. 2 ZGB einen Gesetzestext vorgelegt, der „zu endlosen Diskussionen“ führen werde. Die bestehenden Unklarheiten im Zusammenhang mit Zuwendungen unter Lebenden, so die Schlussfolgerung im Bericht, würden es einem Erblasser verunmöglichen, den Nachlass unbeschwert zu planen.¹⁴

Dieser Befund ist zwar richtig. Er ist aber insofern zu relativieren, als sich diese Unsicherheiten aufgrund des dispositiven Charakters von Art. 626 Abs. 2 ZGB mit einer sorgfältigen Planung durch den Erblasser mehrheitlich beseitigen lassen (vgl. dazu nachfolgend *Ziff. II./1.*) und diesfalls „nur mehr“ die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB (und damit im Pflichtteilsrecht) verbleiben. Die bestehenden Kontroversen bei der Auslegung von Art. 626 Abs. 2 ZGB zeigen sich aber besonders in denjenigen Fällen, in denen ein Erblasser gerade nichts geplant und sich insbesondere auch nicht zur erbrechtlichen Berücksichtigung von lebzeitigen Zuwendungen an seine Nachkommen geäußert hat. Diese Auslegungsstreitigkeiten sind auch nicht bloss akademischer Natur, sondern wirken sich direkt (und teils signifikant) auf die Höhe der einzelnen Erbteile der Nachkommen aus (vgl. dazu nachfolgend *Ziff. II./2.–4.*). Dies führt in der Praxis zu einer erheblichen

2012, Nr. 144; WOLF/GENNA (Fn. 7), 317; vgl. auch die Bemerkung des Bundesgerichtes in BGE 131 III 49 ff., E. 4.3.2, wonach viele Fragen der Ausgleichung streitig und wenig geklärt seien.

¹⁰ DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 7 Nr. 2; FANKHAUSER (Fn. 7), N 1 zu Art. 626 ZGB; vgl. dazu auch WOLF/GENNA (Fn. 7), 317.

¹¹ SCHNYDER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, in: ZBJV 135 (1999), 348 ff., 374; vgl. auch EITEL (Fn. 5), 464.

¹² Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht): <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf> (letztmals abgerufen am 8. Dezember 2017).

¹³ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf (Fn. 12), 43.

¹⁴ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf (Fn. 12), 44.

Rechtsunsicherheit,¹⁵ und es ist deshalb unabdingbar, dass im Rahmen der Erbrechtsrevision eine klare und nicht auslegungsbedürftige gesetzliche Grundlage für die Ausgleichungspflicht von Zuwendungen an Nachkommen geschaffen wird (vgl. dazu nachfolgend *Ziff. III.*).

II. Aktuelle Rechtslage

1. Ausgleichungsrecht als dispositives Recht

1.1 *Massgeblichkeit des erblasserischen Willens*

Gesetzliche Erben haben gemäss Art. 626 Abs. 1 ZGB zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser „*auf Anrechnung*“ zugewendet hat. Sie haben daher eine lebzeitige Zuwendung nur dann auszugleichen, wenn eine entsprechende Anordnung des Erblassers vorliegt (sog. *gewillkürte* oder *freiwillige Ausgleichung*¹⁶). Dasselbe gilt auch für eingesetzte Erben (sog. *uneigentliche Ausgleichung*).¹⁷ Eine Sonderregelung enthält Art. 626 Abs. 2 ZGB für die Nachkommen.¹⁸ Diese haben die Zuwendungen, die sie als „Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl.“ erhalten haben,

¹⁵ BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 9, Nr. 144) sprechen gar von einer qualifizierten Rechtsunsicherheit.

¹⁶ Zu diesem und den nachfolgenden Begriffen vgl. EITEL (Fn. 2), N 26 f. zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB, N 5 ff. und 63 ff. zu Art. 626 ZGB.

¹⁷ EITEL, *Erbvorbezüge und Schenkungen – Ausgleichung und Herabsetzung*, in: *Erbvorempfang und Schenkung – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte sowie Folgen für Ergänzungsleistungen, Alters- und Pflegeheimkosten, Weiterbildungsveranstaltung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 26./27. Oktober 2016*, Bern 2016, 121 ff., 129; FANKHAUSER (Fn. 7), N 3 zu Art. 626 ZGB; vgl. auch BGE 124 III 102 ff., E. 4a; a.M. DRUEY (Fn. 10, § 7 Nr. 24), wonach Art. 626 Abs. 1 ZGB für eingesetzte Erben nicht greifen und ausschliesslich der Wille des Erblassers massgebend sein soll. Zur Formfrage der die eingesetzten Erben betreffenden Ausgleichungsanordnungen TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Aufl., Zürich 2015, § 85 Nr. 11, mit Hinweisen zu den einzelnen Lehrmeinungen in Fn. 26. Zur Frage, ob die eingesetzten Erben auch Gläubiger gegenüber den ausgleichungspflichtigen Nachkommen sind, vgl. EITEL (Fn. 2), N 137 ff. zu Art. 626 ZGB.

¹⁸ Zum Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2 vgl. EITEL (Fn. 2), N 1 ff. zu Art. 626 ZGB.

auszugleichen, sofern der Erblasser „*nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt*“ hat (sog. *gesetzliche Ausgleichung*).¹⁹

Die Regelungen in Art. 626 ZGB sind daher dispositiver Natur,²⁰ mit anderen Worten entscheidet *primär* der Erblasser selber, ob eine lebzeitige Zuwendung in der Erbteilung zu berücksichtigen bzw. auszugleichen ist oder nicht.²¹

1.2 Die erblasserischen Ausgleichungsanordnungen

Die Ausgleichungsanordnungen²² des Erblassers sind materiell Verfügungen von Todes wegen, weil sie die Teilungsmasse und damit auch die Höhe der Erbteile der einzelnen Erben beeinflussen.²³ Sie unterstehen allerdings nicht den erbrechtlichen Formvorschriften,²⁴ sondern sind grundsätzlich *formlos* (vgl. allerdings mit Bezug auf Absatz 2 sogleich) gültig,²⁵ selbst wenn die Gültigkeit der lebzeitigen Zuwendung selber einer Form bedarf, wie etwa bei Grundstückszuwendungen.²⁶

Absatz 1 enthält für die positive Anordnung der Ausgleichung (also für die gewillkürte und die uneigentliche Ausgleichung) überhaupt keine Formvorschrift. Es genügt daher, wenn aus den konkreten Umständen nachweisbar ist,

¹⁹ Nach einem Teil der Lehre enthält Absatz 2 nicht eine gesetzliche Ausgleichung, sondern eine Rechtsvermutung, eine Regelung der Beweislast; vgl. EITEL (Fn. 2), N 5 ff. zu Art. 626 ZGB.

²⁰ Etwa BGE 131 III 49 ff., E. 4.2; 126 III 171 ff., E. 2; 124 III 102 ff., E. 5a; 118 II 282 ff., E. 3; vgl. auch EITEL (Fn. 2), N 8 zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB, N 7 und 45 ff. zu Art. 626 ZGB.

²¹ Im Gegensatz zum Herabsetzungsrecht, das – als Sanktion von Pflichtteilsverletzungen – zwingendes Recht ist.

²² Zum Begriff vgl. EITEL (Fn. 2), N 46 zu Art. 626 ZGB.

²³ Sie gehören damit zu den erbrechtlichen Verfügungsarten; BGE 118 II 282 ff., E. 3; EITEL (Fn. 17), 129; DERS. (Fn. 2), N 9 zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB; und DERS. (Fn. 5), 473; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, § 31 Nr. 1960.

²⁴ Dazu und zum Folgenden etwa EITEL (Fn. 2), N 7 zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB und N 45 ff. zu Art. 626 ZGB.

²⁵ Sie können sowohl einseitig erfolgen als auch in zweiseitigen Rechtsgeschäften enthalten sein; vgl. BGE 5A_338/2010, E. 10.1.3; 118 II 282 ff., E. 3; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Fn. 5, mit Hinweisen; vgl. auch EITEL (Fn. 17), 129, mit dem Hinweis, dass vertragsmässige Ausgleichungsanordnungen die Verfügungsfähigkeit des Erblassers einschränken können.

²⁶ EITEL (Fn. 17), 129; BGE 118 II 282 ff., E. 3.

dass der Erblasser die Zuwendung nur auf Anrechnung an den künftigen Erbteil ausgerichtet hat.²⁷

Absatz 2 verlangt für die negative Anordnung der Ausgleichung (sog. Ausgleichungsdispens) eine *ausdrückliche* Willenserklärung des Erblassers (als eine Art Formvorschrift i.w.S.).²⁸ Absichtserklärungen, blosses Schweigen oder konkludentes Verhalten genügen nicht.²⁹ Hingegen kann der Dispens auch mündlich erfolgen. Dabei reicht es, wenn der Dispens durch Auslegung ermittelt werden kann.³⁰ Allerdings muss die erblasserische Erklärung auf die Berücksichtigung der Zuwendung bei der Erbteilung gerichtet sein;³¹ es reicht mit anderen Worten nicht für die Annahme eines Dispenses, wenn sich der Erblasser lediglich zu den Wirkungen der Zuwendung zu Lebzeiten äussert.

Es liegt auf der Hand, dass das Erfordernis der Ausdrücklichkeit in der Praxis häufig zu Schwierigkeiten führt.³² Das Bundesgericht muss sich denn auch immer wieder mit der Frage befassen, ob im Einzelfall eine Erklärung oder eine Handlung als Ausgleichungsdispens zu qualifizieren ist oder nicht.³³ In den

²⁷ Dies gilt zumindest, wenn die Ausgleichungsanordnung vor oder gleichzeitig mit der Zuwendung erfolgt. Uneinigkeit besteht aber darüber, ob die Formfreiheit auch gilt, wenn die Ausgleichungsanordnung erst nach der Zuwendung erfolgt. Vgl. statt vieler EITEL (Fn. 2), N 59 ff. zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER (Fn. 7), N 5 zu Art. 626 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Fn. 7; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 23), § 31 Nr. 1970.

²⁸ Dazu und zum Folgenden EITEL, Testament und Auslegung, in: *successio* 7 (2013), 283 ff., 291 ff.; DERS. (Fn. 2), N 154 zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER (Fn. 7), N 7 zu Art. 626 ZGB, WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 23), Nr. 1967 ff.

²⁹ Z.B. BGE 5A_477/2008, besprochen von EITEL, Zwei Grundstückkaufverträge und ihre (beschränkte) ausgleichungsrechtliche Tragweite – 5A_477/2008, in: *successio* 4 (2010), 209 ff., und von AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, in: ZBJV 146 (2010), 368 ff., 387 f.; vgl. auch BGE 5A_200/2009, und die Bemerkungen zu diesem Entscheid von EITEL, Erbrecht 2009–2011 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur Teil 2, in: *successio* 5 (2011), 281 ff., 288 f.; vgl. auch BGE 5C.135/2005, E. 2.3.

³⁰ BGE 5A_338/2010, E. 10.1.2; und die Besprechung dieses Entscheides von EITEL, Eine Grundstückschenkung mit Nutzniessungsvorbehalt (Ausgleichung und Herabsetzung), in: *successio* 7 (2013), 68 ff., insb. 70 und 73.

³¹ TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Nr. 4.

³² Vgl. auch die kritische Würdigung des Erfordernisses der Ausdrücklichkeit von EITEL (Fn. 2), N 163 zu Art. 626 ZGB.

³³ In BGE 5A_316/2009, E. 6, liess das Bundesgericht beispielsweise offen, ob die Quittierung nicht geleisteter Darlehensrückzahlungen einen Ausgleichungsdis-

letzten Jahren hatte das Bundesgericht besonders oft zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen die Zuwendung eines Grundstückes mit Nutzniessungsvorbehalt zu Gunsten des Erblassers der Ausgleichungspflicht unterliegt oder nicht.³⁴ Dabei kann es gemäss EITEL auf Nuancen ankommen.³⁵

In zeitlicher Hinsicht kann der Ausgleichungsdispens gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB vor, gleichzeitig oder auch nach³⁶ der Zuwendung erfolgen.³⁷ Überdies genügt auch ein Pauschaldispens.³⁸

Schliesslich sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes eine Abänderung der gesetzlichen Erbfolge durch den Erblasser grundsätzlich zum Ausschluss der Ausgleichungspflicht und zur Nichtanwendbarkeit von Art. 626 Abs. 2 ZGB führt.³⁹ Vorbehalten bleibt jedoch der Fall, dass trotz Vorliegens einer Verfügung von Todes wegen die einzelnen Erbteile der Nachkommen unter sich weiterhin im Verhältnis wie bei gesetzlicher Erbfolge stehen, mithin die Nachkommen untereinander immer noch zu gleichen Teilen erben.⁴⁰

pens darstellt; vgl. Besprechung des Entscheides von FORNITO, Quittung als Beweis im Erbteilungsrecht für eine Darlehensrückzahlung?, 5A_316/2009, in: *successio* 5 (2011), 141 ff.

³⁴ BGE 5A_338/2010, besprochen von EITEL (Fn. 30), 73 f.; oder BGE 5A_477/2008, besprochen von EITEL (vgl. Fn. 29) und von AEBI-MÜLLER (vgl. Fn. 29); BGE 5A_200/2009, besprochen von EITEL (Fn. 29), 288 f.

³⁵ EITEL (Fn. 28), 292.

³⁶ Natürlich nur, wenn der Erblasser sich nicht vertraglich anderweitig verpflichtet hat, vgl. auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 23), § 31 Nr. 1970.

³⁷ Etwa BGE 118 II 282 ff., E. 3; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 23), § 31 Nr. 1970. Vgl. zu den relevanten Zeitpunkten und zur jeweiligen Zulässigkeit der Anordnung einer Ausgleichung bzw. eines Ausgleichungsdispenses im Einzelnen EITEL (Fn. 2), N 51 ff. zu Art. 626 ZGB.

³⁸ BGE 126 III 171 ff., E. 2b.

³⁹ BGE 124 III 102 ff., mit der Begründung, dass bei der Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge die davon profitierenden Erben als sog. eingesetzte Erben gelten. Vgl. die Bemerkungen zu diesem Entscheid sowie die diversen Fallbeispiele zur Fragestellung bei EITEL (Fn. 28), 293 ff. Vgl. auch BGE 5A_228/2010, E. 10.1.1.

⁴⁰ Vgl. zum Ganzen EITEL (Fn. 2), N 136 ff. zu Art. 626 ZGB.

2. Objekte der Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB im Allgemeinen

Hat der Erblasser keine Anordnung über die Ausgleichung einer lebzeitigen Zuwendung an einen Nachkommen getroffen, greift die gesetzliche Vermutung⁴¹ von Art. 626 Abs. 2 ZGB. Danach haben die Nachkommen⁴² auszugleichen, was ihnen der Erblasser als „*Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl.*“ zugewendet hat.

Unbestritten ist, dass Art. 626 Abs. 2 ZGB (wie überhaupt das Ausgleichungsrecht) *Zuwendungen*⁴³ umfasst, die der Erblasser zu *seinen Lebzeiten*, und zwar *unentgeltlich* oder *teilweise unentgeltlich*, ausgerichtet hat. Teilweise unentgeltliche Zuwendungen, sog. gemischte Schenkungen,⁴⁴ liegen vor, wenn in objektiver Hinsicht im Zeitpunkt der Zuwendung ein erhebliches Missverhältnis zwischen der Zuwendung und der Gegenleistung vorliegt und in subjektiver Hinsicht der Erblasser und der Zuwendungsempfänger dieses Missverhältnis (tatsächlich) erkannt haben (blosse Erkennenkönnen genügt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht)⁴⁵. Der unentgeltliche Teil einer solchen Zuwendung unterliegt der Ausgleichung, wobei die Höhe des Ausgleichungswertes nach der Quotenmethode berechnet wird.

⁴¹ EITEL (Fn. 2, N 8 zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB und N 7 zu Art. 626 ZGB) kritisiert den Begriff der Vermutungen, weil die gesetzliche Ausgleichung auch dann zum Tragen komme, wenn der Erblasser mit Bezug auf die Ausgleichung gar nichts gewollt, also die ausgleichungsrechtliche Relevanz einer lebzeitigen Zuwendung gar nicht bedacht hat, oder aber sie zwar bedacht hat, sich diesbezüglich aber nicht (hinreichend) geäußert hat.

⁴² Der Ehegatte gehört nicht dazu, weshalb dieser nur im Anwendungsbereich von Art. 626 Abs. 1 ZGB als gesetzlicher Erbe ausgleichungsverpflichtet ist. Hingegen ist umstritten, ob der Ehegatte im Rahmen von Art. 626 Abs. 2 ZGB (ohne der Ausgleichungspflicht zu unterliegen) gegenüber ausgleichungspflichtigen Nachkommen Gläubiger sein kann; dazu auch EITEL (Fn. 17), 141 f.; und dessen Bemerkungen zu BGE 131 III 49 ff. (Fn. 9), Rz. 19; vgl. TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Nr. 14.

⁴³ Vgl. dazu und zum Folgenden im Einzelnen EITEL (Fn. 17), 126 ff.; FANKHAUSER (Fn. 7), N 4 zu Art. 626 ZGB; WOLF/GENNA (Fn. 7), 325 ff.

⁴⁴ Zu den gemischten Schenkungen im Einzelnen EITEL (Fn. 2), N 110 ff. zu Art. 626 ZGB; DERS. (Fn. 17), 137 ff.; vgl. auch STICHER, Kauf oder gemischte Schenkung, Besprechung von BGE 5A_802/2014, in: *successio* 10 (2016), 172 ff.

⁴⁵ Etwa BGE 116 II 667 ff., E.3b/aa; 98 II 352 ff., E. 3b.

Unter den Begriff der Zuwendungen fallen etwa einseitige oder zweiseitige Rechtsgeschäfte oder Realakte, z.B. unentgeltliche Gebrauchsüberlassungen,⁴⁶ Arbeitsleistungen oder unverzinsliche Darlehen (wobei für letztere teilweise verlangt wird, dass die Unverzinslichkeit unüblich ist)⁴⁷, zudem Vorempfänge und Schenkungen,⁴⁸ nicht aber etwa rechtlich geschuldete Zuwendungen, hingegen unter Umständen jedoch Zuwendungen in Erfüllung einer sittlichen Pflicht.

Des Weiteren besteht Einigkeit darüber, dass die Aufzählung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen in Absatz 2 aufgrund des Zusatzes „u.dgl.“ nicht abschliessender Natur ist.⁴⁹

Umstritten ist hingegen, welche Zuwendungen im Einzelnen unter Art. 626 Abs. 2 ZGB subsumiert werden, mit anderen Worten, welche gemeinsamen Wesensmerkmale die in Art. 626 Abs. 2 ZGB erwähnten Zuwendungen aufweisen.⁵⁰ Umstritten ist damit, welche *Grundkonzeption der gesetzlichen Ausgleichung* Art. 626 Abs. 2 ZGB überhaupt zu Grunde liegt oder – in den Worten

⁴⁶ Vgl. zum umstrittenen, aber sehr praxisrelevanten Thema des unentgeltlichen Wohnens bzw. des Wohnens zu Vorzugskonditionen EITEL, Überlassung einer Liegenschaft zu unentgeltlichem Gebrauch („unentgeltliches Wohnenlassen“) als ausgleichungspflichtige Zuwendung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB?, BGE 5A_271/2014, in: *successio* 9 (2015), 243 ff.

⁴⁷ Zum Stand der Meinungen EITEL (Fn. 2), N 102 ff. zu Art. 626 ZGB; vgl. auch BGE 136 III 305 ff., E. 3.1, und dessen Besprechungen von EITEL, Gewährung unverzinslicher Darlehen als herabsetzbare Zuwendung (Art. 527 Ziff. 1 und 4 ZGB)?, in: *successio* 6 (2012), 45 ff., und von AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2010, in: ZBJV 147 (2011), 665 ff., 673; vgl. allgemein zur Thematik EITEL, Darlehen – Schenkung – Vorempfang, in: *successio* 7 (2013), 202 ff.

⁴⁸ Zur Diskussion, ob eine Schenkung ausgleichungspflichtig sein kann oder ob in diesem Begriff gerade die Ausgleichungspflicht ausgeschlossen ist, vgl. EITEL (Fn. 9), Rz. 7 f.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 1177), § 85 Nr. 16, mit Hinweisen; zur Doppelnatur der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen vgl. EITEL (Fn. 2), N 41 ff. und 164 zu Art. 626 ZGB; DERS. (Fn. 5), 468 ff., und (Fn. 9), Rz. 9 ff., je mit Hinweisen.

⁴⁹ Statt vieler EITEL (Fn. 1), 227; DERS. (Fn. 2), N 75 zu Art. 626 ZGB; BURCKHARD BERTOSSA (Fn. 7), N 48 zu Art. 626 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Nr. 18; BGE 118 II 282 ff., E. 3; 116 II 667 ff., E. 3; 98 II 352 ff., E. 3a.

⁵⁰ EITEL (Fn. 1), 192.

von EITEL – die Frage nach dem „Ensemble der Objekte der gesetzlichen Ausgleichung“⁵¹.

3. Versorgungskollation versus Schenkungskollation⁵²

3.1 Theorie der Versorgungskollation

Das Bundesgericht musste sich in diversen Entscheiden mit der Auslegung von Art. 626 Abs. 2 ZGB befassen. EITEL, der diese Rechtsprechung im Detail analysierte, kam zum Schluss, dass das Bundesgericht bis zum Jahr 1950⁵³ Zuwendungen an Nachkommen tendenziell der Ausgleichung unterstellte, unabhängig von den ihrer Ausrichtung zugrunde liegenden Zwecken.⁵⁴ Allerdings mutmasste EITEL, dass sich das Bundesgericht der Tragweite einer Entscheidung zwischen der Versorgungs- und der Schenkungskollation bis dahin nicht bewusst gewesen war.⁵⁵

Im Jahre 1950 hielt das Bundesgericht in BGE 76 II 188 ff., dem als „Motorbootfall“ bekannten Entscheid, fest, dass die in Art. 626 Abs. 2 ZGB aufgezählten Zuwendungen als gemeinsames Merkmal den Zweck der Existenzbegründung, -sicherung oder -verbesserung des Empfängers haben, sog. Vergnügungs- oder Luxuszuwendungen von der Ausgleichung hingegen ausgeschlossen sind. In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht entschieden, dass das Motorboot, welches der Erblasser seinem Sohn zu Lebzeiten geschenkt hatte, keinem beruflichen Zweck diene, nur Sportgerät sei und dem Sohn lediglich Erholung und Zeitvertreib verschaffe, weshalb diese Zuwendung nicht unter Art. 626 Abs. 2 ZGB falle und damit nicht auszugleichen sei.⁵⁶ Das Bundesgericht bekannte sich in diesem Entscheid erstmals zur Theorie der Versorgungskollation. Seither hält es daran fest.⁵⁷ Dieser Theorie folgt auch ein Teil der Lehre.⁵⁸

⁵¹ EITEL (Fn. 2), N 75 und 76 zu Art. 626 ZGB.

⁵² Vgl. dazu und zum Folgenden im Einzelnen EITEL (Fn. 1), 191 ff.; DERS. (Fn. 2), N 76 ff. zu Art. 626 ZGB.

⁵³ Vgl. zu diesen älteren Entscheiden etwa BGE 44 II 356 ff., E. 3; 45 II 513 ff., E. 2; 51 II 374 ff., E. 1; 67 II 207 ff., E. 4 f.; 69 II 71 ff., E. 2; 71 II 69 ff.

⁵⁴ EITEL (Fn. 1), 193.

⁵⁵ EITEL (Fn. 1), 226.

⁵⁶ BGE 76 II 188 ff., E. 8.

⁵⁷ Etwa BGE 131 III 49 ff., E. 4.1.2; 116 II 667 ff.; 107 II 119 ff., E. 3b; 98 II 352 ff., E. 3a; 77 II 36 ff., 38; 76 II 188 ff., E. 6.

⁵⁸ Vgl. die Übersicht bei EITEL (Fn. 1), 197 ff.; DERS. (Fn. 2), N 78 zu Art. 626 ZGB. Aus der neueren Literatur vgl. etwa FORNI/PIATTI, Basler Kommentar, HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–

Die Zuwendungen müssen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung demnach als Zweck einen gewissen Ausstattungskarakter⁵⁹ aufweisen, damit sie gestützt auf Art. 626 Abs. 2 ZGB auszugleichen sind. EITEL hält in seiner Analyse fest, dass das Bundesgericht bis heute jedoch kein Konzept dieser Ausstattungstheorie erarbeitet habe.⁶⁰ Diese Kritik ist berechtigt: Welches Kriterium bzw. welche Kriterien für die Bestimmung des Zweckes einer Zuwendung massgebend ist bzw. sind, ist nämlich in verschiedener Hinsicht umstritten. Klarheit besteht immerhin darüber, dass der tatsächliche Gebrauch der Zuwendung durch den Zuwendungsempfänger für die Zweckbestimmung nicht relevant ist.⁶¹ Nicht geklärt ist dagegen, ob derjenige Zweck ausschlaggebend ist, den der Erblasser der Zuwendung zugrunde legt, also die Zweckbestimmung anhand einer subjektivistisch-willkürlichen Betrachtungsweise⁶² festzustellen ist, oder ob sich der Zweck nach der objektiven Eignung der Zuwendung bestimmt.⁶³

Erfolgt die Zweckbestimmung gestützt auf die *Objektivität* der Zuwendung, ist weiter nicht klar, anhand welcher Kriterien deren Ausstattungskarakter überhaupt festgestellt wird. Der Zweck kann sich aus den äusseren Umständen ergeben, beispielsweise bei einer Zuwendung anlässlich einer Hochzeit oder bei der Finanzierung einer Anschaffung zu beruflichen Zwecken. Er kann sich auch aus dem zugewendeten Gegenstand selber ergeben. Zu bedenken ist dabei jedoch, dass – wie der vorerwähnte Motorbootfall (BGE 76 II 188 ff.) zeigt – ein und derselbe Gegenstand einmal eine Versorgungszuwendung sein kann und einmal nicht.⁶⁴ Sehr häufig ist die Bestimmung des Zweckes einer Zuwendung aber überhaupt nicht möglich.⁶⁵ Diese Schwierigkeit besteht oftmals bei Geldzuwendungen. Freilich besteht die Möglichkeit,

61 SchIT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, N 14 ff. zu Art. 626 ZGB; SEEBERGER (Fn. 7), 256 f.; STEINAUER, Le droit des successions, 2. Aufl., Bern 2015, Nr. 184 ff., wobei Letzterer den Begriff der Ausstattung weit auslegt.

⁵⁹ BGE 116 II 667 ff., E. 3a; 107 II 119 ff., E. 3b; 98 II 352 ff., 356 f.; 77 II 36 ff., 38.

⁶⁰ EITEL (Fn. 1), 195 f.

⁶¹ Vgl. dazu die Analyse der Rechtsprechung und der Lehre, welche sich der Theorie der Versorgungskollation angeschlossen haben, bei EITEL (Fn. 1), 276 f.; vgl. auch TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Rz. 19, mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre.

⁶² Zum Begriff vgl. EITEL (Fn. 1), 269.

⁶³ Dazu und zum Folgenden eingehend EITEL (Fn. 1), 269 ff.

⁶⁴ So EITEL (Fn. 4), 737 Fn. 65; DERS. (Fn. 1), 276; auch BURCKHARDT BERTOSSA (Fn. 7), N 54 zu Art. 626 ZGB.

⁶⁵ EITEL (Fn. 4), 737 Fn. 65; DERS. (Fn. 1), 274 ff.

grössere Barzuwendungen unter den Terminus „Vermögensabtretung“ in Absatz 2 zu subsumieren. Allerdings verlangt auch die im Gesetz genannte Vermögensabtretung einen Versorgungscharakter der Zuwendung, d.h. auch eine solche Zuwendung muss Ausstattungskarakter haben.⁶⁶ Lassen alle vorerwähnten Kriterien keinen Rückschluss auf den Zweck der Zuwendung zu, stellen einzelne Autoren zusätzlich auf die Eigenschaften des Empfängers ab und prüfen, ob sich die konkrete Zuwendung dazu eignet, die wirtschaftliche Existenz des konkreten Empfängers zu fördern.⁶⁷

Unabhängig davon, ob die Zweckbestimmung subjektivistisch-willkürlich oder objektiv festgestellt wird, bleibt zudem umstritten, ob der Ausstattungsbzw. der Versorgungsbegriff eng oder weit auszulegen ist, mithin ob nur Zuwendungen, die typischerweise mit einem besonderen, äusseren, eindeutig feststellbaren Umstand und/oder sozusagen naturgemässen Ereignis verbunden sind (wie die dem Gesetzgeber bei der Formulierung der Aufzählung in Art. 626 Abs. 2 ZGB wohl vorgeschwebten Ereignisse wie Eheschliessung oder Begründung eines neuen Haushaltes), oder aber ob alle Zuwendungen, die in irgendeiner Form zur Verbesserung der wirtschaftlichen Selbständigkeit erfolgen, auszugleichen sind.⁶⁸

Eine gewichtige Ausnahme von der Theorie der Versorgungskollation macht das Bundesgericht (immerhin) bei *Grundstückszuwendungen*. Diese sind stets auszugleichen (aufgrund ihres bedeutenden Wertes).⁶⁹ Damit folgt das Bundesgericht im Zusammenhang mit Grundstücken der Theorie der Schenkungskollation (siehe sogleich Ziff. 3.2), freilich ohne sich dazu explizit zu bekennen.

3.2 Theorie der Schenkungskollation

Nach anderer Meinung beruht Art. 626 Abs. 2 ZGB auf der Idee der Schenkungskollation.⁷⁰ Danach unterliegen sämtliche Zuwendungen der Ausgleichung, und zwar unabhängig ihres Zweckes, mithin auch Vergnügungs- und

⁶⁶ BGE 116 II 667 ff., E. 3a; dazu auch EITEL (Fn. 2), N 80 zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER (Fn. 7), N 6 zu Art. 626 ZGB.

⁶⁷ Vgl. die Hinweise auf die Literatur bei EITEL (Fn. 1), 276 f.

⁶⁸ EITEL (Fn. 1), 270 ff., insb. 274.

⁶⁹ BGE 131 III 49 ff., E. 4.1.2; 116 II 667 ff., E. 3b; vgl. dazu EITEL (Fn. 17), 136 f.; FANKHAUSER (Fn. 7), N 6 zu Art. 626 ZGB.

⁷⁰ Allen voran EITEL (Fn. 1), 291 ff., und DERS. (Fn. 2), N 91 ff. zu Art. 626 ZGB; aus der jüngeren Literatur z.B. TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Nr. 21; JUNGO (Fn. 6), Tafel 74 Fn. 3; BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 9), Fn. 315; in der Ten-

Luxuszuwendungen. Eine Eingrenzung wird allerdings nach der Höhe der Zuwendung vorgenommen. Während ein Teil der Autoren sämtliche Zuwendungen, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke (vgl. Art. 632 ZGB), der Ausgleichspflicht unterstellt, bejaht ein anderer Teil die Ausgleichspflicht nur für Zuwendungen von einer gewissen Bedeutung (sog. Grosszuwendungen). Die Definition der Grosszuwendung birgt allerdings Schwierigkeiten. EITEL erachtet bei „gewöhnlichen Umständen“ eine Zuwendung als sog. Grosszuwendung, wenn ihr Wert mehr als 1% des Nachlasses ausmacht, wobei die Zuwendung mindestens aber CHF 500 wert sein müsse, aber umgekehrt Zuwendungen ab CHF 5'000 immer auszugleichen seien, selbst wenn sie weniger als 1% des Nachlasses ausmachen sollten.⁷¹

4. Würdigung der Kontroverse

EITEL hat sich in seinen beiden Standardwerken akribisch mit der Auslegung von Art. 626 Abs. 2 ZGB auseinandergesetzt.⁷² Er ist nach einer fundierten Analyse des Gesetzeswortlautes und seiner Entstehungsgeschichte, der Systematik der ausgleichsrechtlichen Bestimmungen, einem Blick auf die Lösungen in den Nachbarländern und nach einer detaillierten Betrachtung von Praktikabilitätsaspekten und des Gleichbehandlungsgebotes sowie der Gerechtigkeitsidee als *ratio legis* zum Ergebnis gelangt, dass die Theorie der Schenkungskollation den Vorzug verdient.

Die Argumente von EITEL überzeugen, und seine Schlussfolgerung ist aus meiner Sicht die richtige, nicht nur, aber auch mit Blick auf die praktische Handhabung. Nur die Theorie der Schenkungskollation führt in der Praxis bei der gesetzlichen Ausgleichung zur Gleichbehandlung der Nachkommen (vgl. nachfolgend *Ziff. 4.1*) und zur anzustrebenden Rechtssicherheit und der damit verbundenen Voraussehbarkeit (vgl. nachfolgend *Ziff. 4.2*).

denz WOLF/GENNA (Fn. 7), 331; DRUEY (Fn. 10), § 7 Nr. 38; BENN, Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung, Diss Zürich 2000, 68 ff. Vgl. auch eine Übersicht bei EITEL (Fn. 1), 208 ff.

⁷¹ EITEL (Fn. 2), N 95 zu Art. 626 ZGB, mit dem Hinweis, dass dieses relative Abgrenzungskriterium (allerdings lediglich) Nachlässe zwischen CHF 50'000 und CHF 500'000 im Visier habe, wobei diese wohl dem statistischen Regelfall entsprächen.

⁷² Seine diesbezüglichen Ausführungen in seiner Habilitationsschrift erstrecken sich auf über 100 Seiten; EITEL (Fn. 1), 191 ff., insb. 227 ff.

4.1 Zur Gleichbehandlung der Nachkommen

Der Gesetzgeber⁷³ verfolgte mit der gesetzlichen Ausgleichung den Grundsatz der Gleichbehandlung der Nachkommen.⁷⁴ Dieses Prinzip wird seit den Anfängen vom Bundesgericht⁷⁵ als auch nahezu einstimmig von der Lehre anerkannt.⁷⁶

Im Wissen darum, dass es durchaus verschiedene Ansichten über die konkrete Bedeutung des Gleichheits- und Gleichbehandlungsbegriffes geben kann, liegt doch nahe, dann von einer Gleichbehandlung auszugehen, wenn die Summe der allen Nachkommen zu Lebzeiten und bei der Erbteilung zugegangenen Vermögenswerte gleich gross ist.⁷⁷ Ausgehend von dieser Prämisse ist bei der Theorie der Schenkungskollation die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes offenkundig. Anders sieht es bei der Theorie der Versorgungskollation aus. Die Summe der den Erben nach erfolgter Erbteilung effektiv zugegangenen Vermögenswerte kann durchaus unterschiedlich sein. Dies zeigt folgendes, banales (aber nicht minder realistisches) Beispiel:

Ein verwitweter Erblasser mit zwei Töchtern hinterlässt bei seinem Tod im Jahre 2017 einen Nettonachlass von CHF 500'000. Der älteren Tochter T1, von Beruf Ärztin, finanzierte er im Jahre 2014 den Kauf einer Arztpraxis zum Preis von CHF 300'000, um ihr den Einstieg in die Selbständigkeit zu ermöglichen. Der jüngeren Tochter T2, von Beruf Anwältin, kaufte er im Jahre 2016 eine Segelyacht zum Preis von CHF 200'000. Der Erblasser hat keine Verfü-

⁷³ Zur Entstehungsgeschichte vgl. eingehend EITEL (Fn. 1), 231 ff.

⁷⁴ Dies ergibt sich bereits aus der Bezeichnung „Aus-Gleichung“, dazu EITEL (Fn. 2), N 10 zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB; vgl. auch DRUEY (Fn. 10), § 7 Nr. 27.

⁷⁵ Vgl. etwa BGE 126 III 171 ff., E. 3b/bb; 5C.76/2006, E. 2.1; 124 III 102 ff., E. 5a; oder aus der älteren Rechtsprechung etwa BGE 45 II 513 ff., E. 2; 44 II 356 ff., E. 3.

⁷⁶ Statt vieler EITEL (Fn. 2), N 10 zu Vorb. vor Art. 626 ff. ZGB; BURCKHARDT BERTOSSA (Fn. 7), N 1 und 2 zu Vorb. zu Art. 626 ff. ZGB; WOLF/GENNA (Fn. 7), 317 ff.; FANKHAUSER (Fn. 7), N 1 zu Art. 626 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Nr. 5; JUNGO (Fn. 6), Tafel 74; SEEBERGER (Fn. 7), 246 f. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird im Gesetz allerdings etwas relativiert in Art. 629 Abs. 1 ZGB bei Vorliegen eines „Mehrempfangs“ (vgl. dazu etwa EITEL, Die Ausgleichung des „Mehrempfangs“ nach Art. 629 Abs. 1 ZGB, in: FS 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, 325 ff.) oder in Art. 631 Abs. 1 ZGB bei den Ausbildungs- und Erziehungskosten (dazu ausführlich EITEL [Fn. 1], 149 ff.). Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 17), § 85 Nr. 6 ff.

⁷⁷ Dazu und zum Folgenden EITEL (Fn. 1), 285 ff.

gung von Todes wegen errichtet, und zur Frage, wie die lebzeitigen Zuwendungen an die Töchter bei der Erbteilung zu berücksichtigen sind, hat er sich überhaupt nicht geäußert.

Nach der *Theorie der Versorgungskollation* ist lediglich die Zuwendung an T1, nicht aber jene an T2 auszugleichen. Damit beläuft sich die Teilungsmasse auf CHF 800'000, der jeweilige Erbanspruch der beiden Töchter beträgt je CHF 400'000. T1 erhält daher vom Nettonachlass CHF 100'000, T2 hingegen 400'000.

Folgt man demgegenüber der *Theorie der Schenkungskollation*, sind beide Zuwendungen auszugleichen. Die Teilungsmasse beträgt somit CHF 1'000'000 und der jeweilige Erbanteil beider Töchter je CHF 500'000. T1 erhält aus dem Nettonachlass CHF 200'000, T2 CHF 300'000.

Zum Vergleich: Bei der Theorie der Versorgungskollation erhält T1 „unter dem Strich“ insgesamt CHF 400'000 (die Arztpraxis sowie CHF 100'000 aus dem Nettonachlass), T2 erhält „unter dem Strich“ 600'000 (die Segelyacht sowie CHF 400'000 aus dem Nettonachlass). Bei der Theorie der Schenkungskollation erhalten die beiden Töchter „unter dem Strich“ gleich viel, d.h. je CHF 500'000; T1 in Form einer Arztpraxis und CHF 200'000 aus dem Nettonachlass, T2 in Form einer Segelyacht und CHF 300'000 aus dem Nettonachlass.

Nach diesem Beispiel wird augenfällig, dass nur mit der Theorie der Schenkungskollation die Gleichbehandlung der Nachkommen erreicht werden kann und damit der *ratio legis* des gesetzlichen Ausgleichsrechts gerecht wird.

4.2 Zur Rechtssicherheit

Während beim Konzept der Schenkungskollation in der Regel klar ist, ob eine Zuwendung auszugleichen ist oder nicht, kann diese Frage, wie aufgezeigt (vgl. vorstehend *Ziff. II./3.1*), bei der Theorie der Versorgungskollation aufgrund des Abstellens auf den Zweck nicht ohne weiteres beantwortet werden. Dies gilt insbesondere dann, wie ausgeführt, wenn die Zuwendung in Form von Geld, Wertschriften oder dergleichen erfolgt. Die Motive solcher, unter Umständen Jahrzehnte zurückliegender Zuwendungen lassen sich oftmals nicht mehr feststellen; und eine allfällige Ausgleichung scheitert deshalb häufig am Beweis des Zweckes der Zuwendung, woraus auf einen Ausstattungskarakter geschlossen werden muss.⁷⁸

⁷⁸ Zur Beweislast JUNGO (Fn. 6), Tafel 74 Fn. 1; vgl. auch BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 9), Nr. 166; FORNI/PIATTI (Fn. 58), N 17 zu Art. 626 ZGB.

Dem Abstellen auf den Zweck der Zuwendung bei der Prüfung der Ausgleichungspflicht haftet letztlich etwas Zufälliges und damit auch Willkürliches an. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist daher das Konzept der Schenkungskollation vorzuziehen.

4.3 Fazit

Insgesamt verschafft meines Erachtens die Theorie der Schenkungskollation dem der Ausgleichung zu Grunde liegenden Gleichheits- und Gleichbehandlungsprinzip zwischen den Nachkommen erheblich mehr Nachachtung als die Theorie der Versorgungskollation. Auch in der konkreten Anwendung führt diese Theorie zu bedeutend mehr Rechtssicherheit und vermeidet – im Gegensatz zur Versorgungskollation – zufällig anmutende Resultate.

III. Art. 626 Abs. 2 ZGB de lege ferenda

1. Der Vorentwurf

Wie eingangs ausgeführt, wird auch im erläuternden Bericht zum Vorentwurf⁷⁹ der geltende Wortlaut von Art. 626 Abs. 2 ZGB und dessen Auslegung kritisiert. Es sei das Ziel, so der Bericht, bei der Revision dieses Gesetzesartikels die von der Mehrheit der Lehre und Rechtsprechung vertretene Auslegung bestmöglich umzusetzen, um die aktuelle Kontroverse zu beenden, ohne aber den geltenden Gesetzestext mehr als nötig zu ändern.⁸⁰ Dabei wird folgender Art. 626 Abs. 2 VE ZGB im Vorentwurf vorgeschlagen:

„Als Erbvorbezug gelten alle Zuwendungen, die der Ausstattung dienen, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt; vorbehalten bleibt die Bestimmung über die Auslagen des Erblassers für die Erziehung und Ausbildung einzelner Kinder.“

2. Würdigung

Dem Vorschlag zum neuen Art. 626 Abs. 2 VE ZGB ist sowohl in materieller als auch in formeller Sicht Kritik erwachsen:

⁷⁹ Vgl. Fn. 12.

⁸⁰ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf (Fn. 12), 45.

2.1 Materielle Würdigung

Die Formulierung „Zuwendungen, die der Ausstattung dienen“ kann nur dahingehend interpretiert werden, dass der Vorentwurf der Theorie der Versorgungskollation folgt. Wie aufgezeigt (vgl. vorstehend *Ziff. II./4.1*), ist dieser (rechtspolitische) Entscheid meines Erachtens falsch, weil er der *ratio legis* von Art. 626 Abs. 2 ZGB, d.h. der Gleichbehandlung der Nachkommen, die im Übrigen auch im erläuternden Bericht zum Vorentwurf nicht in Frage gestellt wird und auf die explizit hingewiesen wird, nicht genügend Rechnung trägt.⁸¹

Abgesehen davon bleibt, wie bisher, unklar, anhand welcher Kriterien der Ausstattungscharakter einer Zuwendung bestimmt werden soll.⁸² Mit anderen Worten bleiben die aktuellen, vorstehend aufgezeigten Probleme bei der Zweckbestimmung mit diesem Gesetzesentwurf dieselben (vgl. vorstehend *Ziff. II./3.1*), bzw. sie werden vom Vorentwurf vollständig ausgeblendet. EITEL weist in diesem Zusammenhang auf eine (weitere) Ungereimtheit hin: Der erläuternde Bericht spricht im Zusammenhang mit dem Zweck der Zuwendungen nach der vom Bundesgericht befürworteten Theorie der Versorgungskollation von „Existenzbegründung, -sicherung und -verbesserung“.⁸³ EITEL weist zu Recht darauf hin, dass entgegen dem erläuternden Bericht das Bundesgericht nicht von Zuwendungen zwecks Existenzbegründung, -sicherung *und* -verbesserung, sondern von Zuwendungen spricht, die vorgenommen wurden, um dem Empfänger eine Existenz zu verschaffen, zu sichern *oder* zu verbessern.⁸⁴ Dieser Hinweis von EITEL lässt vermuten, dass sich der Gesetzgeber bis anhin gar nicht richtig mit der Theorie der Versorgungskollation und der damit verbundenen Schwierigkeiten auseinandergesetzt hat.

Damit bleibt leider auch beim vorgelegten Art. 626 Abs. 2 ZGB die heute bestehende und kritisierte Rechtsunsicherheit bestehen, was in der Praxis weiterhin zu äusserst unbefriedigenden Resultaten führen wird (vgl. vorstehend *Ziff. II./4.2*).

⁸¹ Im erläuternden Bericht zum Vorentwurf (Fn. 12, 42 und 43) wird explizit festgehalten, dass das Gesetz davon ausgehe, dass der Erblasser nicht einen Erben zum Nachteil eines anderen Erben begünstigen wolle und die Ausgleichung somit die Gleichbehandlung der Erben bezwecke.

⁸² Vgl. auch GEIGER, Kurz und bündig: Vernehmlassung des Vereins Successio zum Vorentwurf der Erbrechtsreform, in: *successio* 10 (2016), 324 ff., 327.

⁸³ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf (Fn. 12), 43.

⁸⁴ EITEL, Auf dem Weg zu einem zeitgemässes Erbrecht?, in: *successio* 10 (2016), 183 ff., 184, mit Verweis auf BGE 76 II 188 ff., E. 8.

2.2 Formelle Würdigung

Unabhängig davon, welcher Theorie der Vorentwurf folgen will, erscheint auch der Wortlaut selber missglückt. So ist die Rede von „Erbvorbezug“, einem Terminus, den das Gesetz an keiner Stelle verwendet.⁸⁵ Dieser Begriff ist so schillernd wie unbestimmt.⁸⁶

Des Weiteren fehlt im Vorentwurf der Begriff „Nachkommen“. So stellt sich die Frage, ob es sich bei den Zuwendungen in Art. 626 Abs. 2 VE ZGB – wie bisher – einzig um Zuwendungen an Nachkommen oder aber neu auch um Zuwendungen an weitere Erben handelt. Und wenn der Kreis der Zuwendungsempfänger tatsächlich weiter zu fassen wäre (was aufgrund des erläuternden Berichtes jedoch nicht anzunehmen ist), wäre weiter unklar, ob damit nur die gesetzlichen Erben oder auch die eingesetzten Erben mitumfasst wären.⁸⁷ Auch ist offen, ob der überlebende Ehepartner oder eingetragene Partner von der Ausgleichungspflicht der Nachkommen profitiert, also Ausgleichungsgläubiger ist (vgl. zum Problem de lege lata vorstehend Ziff. II./2., insb. Fn. 42).⁸⁸

Auch das Festhalten an der Voraussetzung der Ausdrücklichkeit bei einem Ausgleichungsdispens verkennt die Schwierigkeiten, mit denen sich die Praxis konfrontiert sieht (vgl. Ziff. II./1.2 vorstehend). Des Weiteren kann auch der dem bestehenden Gesetzestext unverändert entnommene Begriff „verfügt“ missverständlich ausgelegt werden. Denn dieser Begriff insinuiert, dass es einer formellen Verfügung von Todes wegen bedarf, was unbestrittenermaßen nicht der Fall ist (vgl. ebenfalls Ziff. II./1.2 vorstehend).

3. Vorschlag

Gestützt auf die vorstehende Analyse des Art. 626 Abs. 2 ZGB de lege lata (Ziff. II. vorstehend) und den Überlegungen zum Vorentwurf von Art. 626 Abs. 2 VE ZGB (Ziff. III. vorstehend) schlage ich folgenden Text für einen neuen Art. 626 Abs. 2 ZGB vor:

„Die Nachkommen sind verpflichtet, alle unentgeltlichen und teilweise unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen auszugleichen, welche nicht Gelegenheitsgeschenke sind, es sei denn, der Erblasser habe schriftlich das Gegenteil angeordnet.“

⁸⁵ EITEL (Fn. 84), 184.

⁸⁶ Vgl. nur EITEL (Fn. 17), 126.

⁸⁷ EITEL (Fn. 84), 184; GEIGER (Fn. 82), 327.

⁸⁸ GEIGER (Fn. 82), 327 f.

IV. Schluss

Es ist EITELS Verdienst, dass das Ausgleichsrecht in der Lehre diejenige Bedeutung erhalten hat, die es auch in der Praxis einnimmt. Es wäre sehr zu wünschen, dass der Gesetzgeber diesem praktisch bedeutsamen Teilgebiet des Erbrechts bei der anstehenden Erbrechtsrevision dieselbe Aufmerksamkeit widmen würde. Dabei wäre es ein Leichtes, sich am umfassenden und fundierten Schrifttum von EITEL zu orientieren. Idealerweise wären dessen überzeugenden Ideen umzusetzen; mindestens aber sollte der Gesetzgeber (berechtigte) Kritik von EITEL in dem Sinne berücksichtigen, als dass die Neuformulierung von Art. 626 Abs. 2 ZGB zur Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen an Nachkommen die derzeitigen Kontroversen in allen ihren Verästelungen ausräumt und die in der Praxis dringend notwendige Rechtssicherheit bringt.